

LÓGICA DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Logic of Merger Control in Competition Law

Germán Coloma¹

RESUMEN

En este artículo se estudian los principios básicos que subyacen detrás de los procedimientos de control de operaciones de concentración económica aplicados en el marco del derecho de la competencia. Se analizan así las principales características que deben tener las transacciones para ser consideradas como operaciones de concentración, y los principales problemas de competencia que pueden generar según el tipo de concentración que sea. Se estudian también las principales atenuantes y remedios que existen para dichos problemas, y se revé la experiencia comparada en seis jurisdicciones: Estados Unidos, Unión Europea, México y la Argentina.

PALABRAS CLAVE: concentraciones económicas - derecho de la competencia - control previo - efectos anticompetitivos - eficiencias.

ABSTRACT

In this article we study the basic principles behind the procedures of merger control applied in the framework of competition law. We therefore analyze the main characteristics of transactions in order to be considered as mergers or acquisitions, and the main competition problems that may arise depending on the type of merger under review. We also study the main defenses and remedies that exist for those problems, and we compare the experience of six different jurisdictions that have implemented merger control procedures: United States, European Union, México and Argentina.

KEY WORDS: mergers - competition law - merger control - anticompetitive effects - efficiencies.

La República del Perú tiene una larga tradición en materia de derecho de la competencia aplicado a la represión de conductas anti competitivas, pero no ha tenido hasta la fecha normas generales que impliquen la aplicación de ese derecho

al control de las operaciones de concentración económica². En el momento en el cual se escriben estas líneas (octubre de 2018) se hallan bajo estudio del poder legislativo peruano, varias iniciativas que prevén la regulación de las

¹ Doctor en Economía por la Universidad de California, Los Angeles (E.E.U.U.), y Profesor Titular en la Universidad del CEMA (Buenos Aires, Argentina). Desde 2016 se desempeña también como Director General de Estudios Económicos y Legales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la Argentina. Es autor de numerosas publicaciones sobre análisis económico del derecho, economía de la organización industrial, y defensa de la competencia.

² La única excepción al respecto ha sido el sector eléctrico, en el cual rige, desde 1997, un sistema de control de concentraciones económicas creado por la Ley 26876

fusiones y adquisiciones empresariales desde el punto de vista del derecho de la competencia, y resulta bastante probable que, en un futuro próximo, alguna de dichas iniciativas prospere y que se establezca un sistema de control de concentraciones semejante al que existe desde hace ya bastante tiempo en otros países del mundo.

La posibilidad de que el Perú introduzca en su sistema jurídico un régimen generalizado de control de concentraciones económicas desde el punto de vista de la defensa de la competencia vuelve por lo tanto útil preguntarse acerca de cuál es la lógica por la cual tiene sentido establecer dicho régimen, cuáles pueden ser sus puntos fuertes y débiles, y cuáles son los objetivos que ese régimen puede llegar a lograr (y cuáles los que no). Para ello, en el presente artículo se intentará dar un pantallazo de cómo funcionan este tipo de regímenes en otros países del mundo, y de cuáles son sus principales características tanto jurídicas como económicas.

La organización del trabajo será la siguiente. En la sección 1 se mencionarán las principales características de las operaciones de concentración económica y los posibles efectos que las mismas pueden tener en el funcionamiento de los mercados. En la sección 2, por su parte, se revisará la experiencia comparada de las dos jurisdicciones en las cuales existe una tradición más larga de control de fusiones y adquisiciones (Estados Unidos y la Unión Europea), en tanto que en la sección 3 se analizarán dos casos nacionales de América Latina (México y la Argentina). La sección 4, por último, contendrá algunas conclusiones aplicables al trabajo como un todo.

I. CARACTERÍSTICAS DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Las concentraciones económicas son operaciones que implican que dos unidades económicas que funcionaban de manera independiente entre sí pasan a convertirse en una única entidad o en parte del mismo grupo empresarial. Dentro de dichas operaciones pueden incluirse a las fusiones (por las cuales dos o más empresas se transforman en una sola) y a las adquisiciones que implican la toma de control de una empresa por parte de otra. En este último concepto entran tanto las adquisiciones de acciones y cuotas de capital como ciertas adquisiciones de activos.

La clasificación más usual de las fusiones y adquisiciones en la literatura económica tiene que ver con el tipo de mercados en los que actúan las empresas implicadas en la operación en cuestión. Se distinguen así concentraciones horizontales {horizontal mergers), concentraciones verticales (vertical mergers) y concentraciones de conglomerado {conglomerate mergers). Las concentraciones horizontales son aquéllas en las cuales las empresas que participan en la operación de fusión o adquisición son competidoras en el mercado del mismo producto. Las concentraciones verticales, en cambio, implican fusiones o adquisiciones entre empresas cuya relación en el mercado es de proveedor-cliente. Las concentraciones de conglomerado, finalmente, involucran casos en los cuales la relación entre las empresas fusionadas no es ni horizontal ni vertical.³

³ Dentro de este último grupo puede a su vez efectuarse una sub-clasificación. La misma distingue entre concentraciones que implican “extensión del producto” (product extension mergers), que son casos en los cuales las empresas preexistentes venden productos que no compiten entre sí pero que usan canales de comercialización o procesos productivos similares; concentraciones que implican “extensión del mercado” {market extension mergers), que son casos en los cuales las empresas preexistentes venden productos similares pero en áreas geográficas diferentes; y concentraciones de conglomerado puro (pure conglomerate mergers), que son casos en los cuales la concentración se da entre empresas que no tienen ninguna relación entre sí. Para un mayor detalle acerca de esta clasificación de las fusiones y adquisiciones, véase Viscusi, Vemon y Harrington (1995), capítulo 7.

a clasificación de las fusiones y adquisiciones mencionada en el párrafo anterior tiene una ligazón directa con el posible impacto que las mismas pueden tener sobre el funcionamiento de los mercados y el grado de competencia que ellos presentan.⁴ Así, una fusión o adquisición horizontal implica una modificación inmediata de la estructura de la industria en la que se produce, ya que dos o más empresas que antes eran competidoras pasan a convertirse en una sola entidad con mayor participación en un mercado cuyos índices de concentración aumentan. El aumento de dicha concentración puede tener básicamente dos efectos sobre el comportamiento de los agentes económicos: por un lado, crea una nueva entidad que puede tener mayor poder de mercado que el que tenían individualmente cada una de las empresas preexistentes; por otro, disminuye el número de competidores efectivos y de ese modo puede volver más fácil la aparición de prácticas colusivas

En el caso de una concentración vertical, el número de empresas que quedan en cada sector del mercado (proveedores y clientes) no cambia como consecuencia de la operación realizada, pero sí se modifican las relaciones económicas entre los distintos actores del mercado. En general, lo que sucede en estos casos es que una parte de las transacciones que antes se realizaban a través de contratos entre unidades económicas independientes pasan a convertirse en operaciones internas dentro de un mismo grupo económico, y esto puede tener incidencia sobre el comportamiento de los agentes involucrados en dicho mercado o en otros relacionados con éste, en los que tales agentes también actúen. Un efecto posible en estos casos es la extensión del poder de mercado de una de las empresas (por ejemplo, un proveedor de insumos industriales) al mercado en el que participa la otra (por ejemplo, el de un bien que utiliza dicho insumo en su proceso productivo). Sin embargo, para que este efecto pueda producirse, es necesario que exista

algún tipo de renta adicional en este último mercado de la cual la empresa proveedora del insumo sólo pueda apropiarse a través de una fusión o adquisición.

Más indirectos aún son los efectos de las concentraciones entre empresas que buscan extender sus líneas de productos o su área geográfica de influencia. Los cambios en la estructura de los mercados son aquí virtualmente nulos, ya que el número de proveedores y clientes de cada uno de los productos y zonas involucradas permanece por definición igual. No obstante, el comportamiento de la nueva unidad económica puede en ciertos casos resultar diferente del que mantenían sus fundadoras antes de formar una única entidad, en virtud del intercambio de información entre los componentes del nuevo ente, del empleo de políticas empresarias comunes, o del ejercicio de una mayor influencia en mercados relacionados (por ejemplo, de insumos comunes a todas las empresas). Otro efecto sobre el comportamiento de los mercados puede ser la desaparición de un competidor potencial (es decir, de una empresa que, si bien no actuaba en cierto mercado, era capaz de ingresar a él), si se da que una de las empresas participantes en la concentración tenía la posibilidad de entrar por cuenta propia al mercado de la otra.

Partiendo del supuesto de que las empresas operan intentando maximizar sus beneficios, suelen distinguirse dos motivos principales que inducen un proceso de concentración. Tales son la obtención de un mayor poder de mercado conjunto (posibilidad de aumentar precios) y el mejoramiento del nivel de eficiencia productiva del grupo (posibilidad de disminuir costos). El primero de tales motivos es el que genera el grueso de los efectos negativos que surgen de la operación ya que, además de la redistribución de ingresos que produce desde los consumidores y empresas que quedan fuera del grupo que se fusiona hacia las empresas que pertenecen a

⁴ Para un estudio más analítico de estos temas, véase Coloma (2005), capítulo 8.

dicho grupo, suele traer aparejado un incremento en el nivel de ineficiencia asignativa del mercado en el que acontece. Esta ineficiencia tiene lugar, porque la nueva unidad económica cuyo poder de mercado es ahora mayor, encuentra beneficioso restringir la oferta de los bienes o servicios que produce, con el objeto de elevar los precios de dichos bienes y obtener así un beneficio mayor. Este comportamiento induce no sólo una transferencia de ingresos entre los actores de los distintos mercados sino también una pérdida neta que perjudica a la sociedad como un todo.

En cambio, si el objetivo de la fusión o adquisición, es el mejoramiento en el nivel de eficiencia productiva, dicho fenómeno puede provenir de diversas fuentes. En primer lugar, el nuevo grupo económico puede utilizar más eficientemente sus recursos evitando duplicaciones en las tareas realizadas, incorporar tecnologías más económicas que sólo se justifican cuando el nivel de producción es más alto, aumentar la especialización de su personal y de sus equipos, o aprovechar ciertas sinergias originadas en la producción y comercialización de varios bienes o del abastecimiento de distintos mercados. Por otro lado, el incremento de eficiencia puede provenir del reemplazo de una administración peor por otra mejor en alguna de las empresas del grupo, o por la propia competencia entre los gerentes de dichas empresas por convencer a los dueños del nuevo *holding* acerca de su mayor capacidad de gestión. Estas últimas causas han sido invocadas por algunos autores como una explicación del fenómeno de las “adquisiciones hostiles de empresas” (*hostile takeovers*), que se aplica tanto a las concentraciones horizontales y verticales como a las de conglomerado.

El carácter presumiblemente anticompetitivo de las operaciones de concentración económica puede considerarse análogo al que pueden tener otros acuerdos entre empresas que no implican una integración total entre las unidades económicas involucradas. Así, una fusión horizontal hace que dos empresas que antes eran competidoras dejen de competir entre sí, y

esto puede generar efectos semejantes al de un acuerdo colusivo entre ambas entidades. Del mismo modo, una fusión vertical entre un productor y un distribuidor resulta en muchos aspectos equivalente a un contrato vertical entre ambos, y puede por lo tanto tener los mismos efectos anticompetitivos que dicho contrato vertical.

La forma de visualizar el tema referido en el párrafo anterior lleva a la conclusión de que las operaciones de concentración económica tienen un carácter potencialmente anticompetitivo derivado de su capacidad de limitar la competencia entre empresas ubicadas en el mismo eslabón de la cadena de producción y comercialización y de la posibilidad de que generen algún tipo de “cierre vertical del mercado” que obstaculice la entrada de nuevos competidores o le incremente los costos a los ya existentes. Esto permite tratarlas como manifestaciones de conducta de los agentes económicos que operan en los distintos mercados, y sancionarlas como violaciones a Las Normas Antitrust cuando se considere que los mencionados efectos anticompetitivos produzcan un daño al interés económico general (o al bien jurídico que se intente proteger a través de la legislación de defensa de la competencia).

Sin embargo, el tratar las operaciones de concentración económica como prácticas anticompetitivas oculta un aspecto que este tipo de operación tiene y que no existe en las otras conductas punibles en El Derecho Antitrust. Dicho aspecto es la modificación estructural que las fusiones y adquisiciones generan en los distintos mercados, que no está presente ni en los acuerdos colusivos ni en los contratos verticales ni en ninguna de las otras conductas potencialmente explotativas o exclusorias que suelen reprimir las leyes de defensa de la competencia. La referida modificación estructural proviene del hecho de que, cuando se produce una fusión o adquisición, hay algún agente económico (las empresas adquiridas o absorbidas, o todas las empresas que se fusionan)

que ingresa a uno o más mercados nuevos. Esto que desaparece de uno o más mercados y, a veces, hay también algún agente económico (las empresas adquirientes, o la nueva entidad que se crea luego de la fusión) hace que las concentraciones económicas puedan verse como operaciones que generan salidas y, a veces, entradas de empresas en los mercados, modificando por lo tanto número de compradores o vendedores o las relaciones entre ellos.

Esta visión de las operaciones de concentración económica, centrada en la estructura del mercado más que en la conducta, las deja fuera del espectro tradicional del análisis Antitrust, puesto que las asemeja a decisiones de las empresas de entrar o salir de los mercados (que, en principio, no son prácticas anticompetitivas). Su ocurrencia puntual y, en general, fácilmente identificable, abre sin embargo la puerta para crear una forma alternativa de intervención de las autoridades de defensa de la competencia, que es la que a veces se denomina “Política Estructural”.

Al revés de otras intervenciones de las autoridades Antitrust, la política estructural de defensa de la competencia no opera sancionando conductas pasadas o presentes que se consideran ilícitas y que se reprimen a través de multas y órdenes de cese, sino que implica una intervención *ex ante* por la cual el estado autoriza o desautoriza una determinada modificación en la estructura de los mercados. En ese aspecto se asemeja a una regulación directa de la entrada y la salida de empresas, como puede ser la que existe en ciertas actividades en las cuales el estado define el número de licencias que va a otorgar y otorga la concesión de las mismas. La diferencia entre ambas es que el control de las operaciones de concentración económica que usualmente se practica en El Derecho Antitrust es un procedimiento excepcional que sólo se utiliza ante determinadas manifestaciones de entrada y salida (las surgidas de las fusiones y adquisiciones), y no implica por lo tanto un seguimiento continuo de la estructura de los

mercados.

La forma en la cual o era la política estructural de defensa de la competencia para analizar las operaciones de concentración económica consiste básicamente en excluir a dichas operaciones de la categoría de “conductas posiblemente anticompetitivas” y pasarlas a la categoría de “actos que requieren autorización previa”. De este modo se evitan numerosos pasos relacionados con la prueba del carácter anticompetitivo de las conductas, y se puede instrumentar un procedimiento relativamente rápido por el cual se define si las operaciones van a autorizarse o no, y bajo qué condiciones. El gran ahorro surge además del hecho de que las operaciones que no se autorizan no llegan jamás a concretarse, y por ende no resulta necesario hacer que las mismas vuelvan hacia atrás, con todos los costos que ello implica.

A pesar de ello, el control previo de las operaciones de concentración económica tiene un costo adicional en términos de recursos gastados por el estado y por los agentes privados, que se deriva del hecho de que debe aplicarse de manera global en la generalidad de las operaciones. En efecto, si el estado espera a que se produzcan las operaciones de concentración económica y sólo objeta las que cree que son anticompetitivas, cada caso implica un costo mucho mayor, pero el número total de casos es mucho menor que el que se tramita si se obliga a que todas las fusiones y adquisiciones pasen por un mecanismo de control previo. En general, las normas de defensa de la competencia establecen algún tipo de compromiso entre estos dos extremos, haciendo que el control previo sólo rijan para casos que superen determinados límites en términos de monto de la operación, participación de mercado o volumen de ventas de las empresas involucradas.

De la observación de la práctica comparada de los distintos organismos de defensa de competencia del mundo, surge que el control previo de las operaciones de concentración.

económica suele proceder por etapas. Lo usual es que en una primera etapa se busque identificar la naturaleza de la operación en cuestión, clasificándola según la misma tenga carácter horizontal, vertical o de conglomerado. Para ello se presta particular atención a los mercados en los cuales opera cada una de las empresas que se están concentrando, y se busca ver si en alguno de ellos las mismas aparecen como competidoras o tienen una relación de proveedor/cliente. La segunda etapa se focaliza en esos casos, y trata de determinar el grado de concentración de dichos mercados, a través del cálculo de participaciones de mercado y de índices tales como el de tales como el de Herfindahl y Hirschman (IHH).⁵ Las siguientes etapas tienen que ver con la apreciación del efecto que puede tener sobre el comportamiento del mercado el incremento en la concentración o en las participaciones de mercado inducido por la operación de fusión o adquisición. Para ello se toman en cuenta elementos tales como las barreras de entrada, la desfiabilidad, la diferenciación de productos, la factibilidad de que aparezcan comportamientos colusivos o exclusivos, etc.

Cuando las autoridades Antitrust consideran que una operación crea un peligro al funcionamiento competitivo de los mercados, los interesados en llevar adelante la operación tienen básicamente tres tipos de argumentos que pueden esgrimir. Un primer argumento tiene que ver con la definición del mercado relevante, el cual puede pecar de ser demasiado amplio o demasiado estrecho. Si se invoca que el mercado relevante está definido de manera demasiado estrecha, puede argüirse que la concentración o las participaciones de mercado calculadas por la autoridad Antitrust

son demasiado elevadas. Por ejemplo, dos empresas que elaboran agua mineral, y que en un mercado definido de manera estrecha (digamos, el mercado de aguas minerales) tienen una participación de mercado elevada, podrían tener una participación mucho más pequeña si se considerara que el mercado relevante es más amplio (por ejemplo, el de todas las bebidas sin alcohol).

Inversamente, si se invoca que un mercado relevante está definido de manera demasiado amplia, puede argumentarse que una fusión considerada horizontal es en realidad de conglomerado, y que su efecto sobre la competencia es muy pequeño o nulo. Así, dos empresas que se consideran competidoras en un mercado definido de manera más amplia (por ejemplo, una que produce agua mineral y otra que produce jugos de fruta) dejan de serlo si los mercados se definen de manera más estrecha (y se considera que el mercado de aguas minerales es diferente del mercado de jugos de fruta, en vez de tomar a ambos como parte de un mercado más amplio de bebidas sin alcohol).

Una segunda defensa que las empresas pueden sostener tiene que ver con el denominado “argumento de eficiencia” (efficiency defense). La idea es que una fusión que incrementa la concentración o crea o refuerza una posición dominante puede tener también un efecto benéfico en términos de reducción de costos de las empresas involucradas, que más que compense el efecto negativo del incremento que genera en el ejercicio del poder de mercado. La evaluación relativa de este efecto será diferente según cuál sea la medida del interés público que

⁵ Este índice consiste en la suma de los cuadrados de las participaciones de todas las empresas que operan en un mercado. Si, por ejemplo, en cierto mercado opera una sola empresa que tiene el 100% de participación, entonces el valor del IHH será igual a 10.000 puntos, que es el máximo valor que puede tomar dicho índice. Contrariamente, cuantas más empresas haya en un mercado (y cuanto más pequeñas sean ellas), el valor del IHH será menor (por ejemplo, un mercado con 10 empresas, que tienen un 10% de participación cada una, tendrá un IHH igual a 1000 puntos). Una de las principales características que tiene el IHH como elemento para evaluar fusiones y adquisiciones es el hecho de que siempre se incrementa ante la ocurrencia de una concentración horizontal. Dicho incremento, sin embargo, es mucho mayor si la concentración tiene lugar entre dos empresas grandes y mucho menor si tiene lugar entre dos empresas pequeñas. Para una explicación más completa de este tema, véase Coloma (2009), capítulo 2.

se considere. Si se trabaja con la idea de que el objetivo a maximizar es el excedente total de los agentes económicos, entonces bastará con que el ahorro de costos generado compense la pérdida de eficiencia originada en la posible reducción de las cantidades comerciadas. Si se usa como vara el excedente del consumidor, en cambio, el ahorro de costos requerido tiene que ser mayor, ya que debe ser capaz de inducir un comportamiento por el cual la nueva empresa fusionada tenga incentivos a bajar sus precios respecto de los vigentes antes de la operación de concentración económica 6.

El tercer argumento posible para defender la admisibilidad de una fusión o adquisición que de otro modo sería considerada anticompetitiva es el de la “empresa en decadencia” (*failing firm defense*). De acuerdo con esta doctrina, una concentración económica que implica la absorción de una empresa que de otro modo abandonaría el mercado (porque se encuentra en quiebra, o porque el mismo no le resulta ya rentable) no tiene un verdadero efecto anticompetitivo, porque de todas maneras la empresa en cuestión desaparecería. En un caso como ese, por lo tanto, la comparación relevante no es entre una situación antes y después de la operación de concentración económica, sino entre una situación con fusión (en el cual la empresa en decadencia es absorbida por otra) y una situación sin fusión (en el cual la empresa en decadencia abandona el mercado). Así planteada la disyuntiva, la concentración en cuestión puede considerarse benéfica aun cuando termine en una situación monopólica, si es que dicho resultado es inevitable y es por lo tanto preferible que los activos de la empresa en decadencia sean aprovechados por la empresa que va a seguir operando en el mercado.

II. EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA

2.1. Estados Unidos

En los Estados Unidos de Norteamérica, las operaciones de concentración económica habían sido objeto de análisis (y, en algunas circunstancias, de objeción por parte de las autoridades Antitrust) desde que fueron incorporadas como un posible caso de conducta anticompetitiva a través de la sección 7 de la denominada “Ley Clayton”, del año 1914. Esta posibilidad, inclusive, tomó bastante importancia a partir de la modificación que dicha ley sufrió en el año 1950 (a través de la denominada “Ley Celler-Kefauver”), la cual implicó extender su aplicación no solo a las fusiones y adquisiciones de acciones sino también a las adquisiciones de activos.

A pesar de ello, hasta 1976, el control de concentraciones tuvo un carácter estrictamente “*ex post*” en el sentido de que las autoridades antitrust estadounidenses solo podían objetar las fusiones y adquisiciones una vez que las mismas habían sido realizadas y para ello debían seguir procedimientos semejantes a los que utilizaban para combatir a los carteles y a otras prácticas anticompetitivas. Con la sanción de la denominada “Ley Hart-Scott-Rodino”, se le incorporó a la Ley Clayton una sección extra (denominada 7A), que introdujo el primer procedimiento de control previo de concentraciones en el mundo. Dicho procedimiento implica la obligación de notificar las operaciones de concentración económica antes de que las mismas se lleven a cabo, y también la de tener que esperar cierto tiempo para poder finalizarlas efectivamente, tiempo este durante el cual las autoridades Antitrust pueden objetar la concentración o, alternativamente, darle vía libre para que pueda llevarse a cabo

⁶ Sobre este tema, el artículo más importante de la literatura económica es Farrell y Shapir (1990). Para una perspectiva más jurídica sobre el asunto, véase Elhauge, Einer y Damien Geradin: *Global Competition Law and Economics*, capítulo 7; Oxford, Hart, 2007.

(garantizándole de este modo a las partes de la misma que dicha concentración no va a ser objetada por consideraciones ligadas con el derecho de la competencia).

A partir de la creación del mecanismo de control previo de fusiones y adquisiciones establecido por la Ley Hart-Scott-Rodino, el mecanismo de análisis de los casos norteamericanos de concentración empezó a tener ciertas características particulares, que lo fueron diferenciando progresivamente de la práctica anterior a 1976. Al revés de lo que algunos comentaristas pensaban, la tendencia pasó a ser objetar sólo las operaciones que implicaban participaciones de mercado muy altas, aumentos muy importantes en los índices de concentración y mercados con fuertes barreras de entrada. También se verificó una posición mucho más tolerante respecto de las fusiones verticales y de conglomerado, al punto que las autoridades Antitrust norteamericanas pasaron a focalizarse casi exclusivamente en el análisis de las concentraciones horizontales. Esto se debió probablemente a que, con la introducción del control previo, las agencias antitrust de EEUU pasaron a tener un panorama mucho más global del universo de las fusiones y adquisiciones, y a entender de otra manera los motivos que llevaban a las empresas a encararlas. La intervención previa permitió además resolver muchos temas a través de acuerdos con las partes que especifican desmembramientos parciales u otorgamientos de licencias, a través de los cuales pueden corregirse ciertos problemas de competencia sin necesidad de anular totalmente una operación.

De las operaciones objetadas desde la introducción del mecanismo de control previo de concentraciones merecen destacarse los casos “Coca-Cola/Dr.Pepper” (1986) y “Pepsi/Seven Up”(1986), que fueron analizados simultáneamente por la Comisión Federal de

Comercio (FTC) En el primero de ellos la principal productora de bebidas gaseosas (Coca-Cola) intentó comprar a la cuarta empresa en importancia en el mercado (Dr. Pepper), al tiempo que su principal competidor (Pepsi) hacía lo propio con la tercera empresa más grande (Seven Up). El efecto conjunto que hubieran tenido ambas operaciones habría sido el de reforzar las posiciones de las dos mayores empresas, si bien habría implicado también que su tamaño relativo se hubiera vuelto más similar. Empero, la competencia por parte de otras marcas, se habría atenuado mucho, y esto hubiera implicado, de acuerdo al análisis de la FTC, una modificación estructural muy grande en los mercados de embotelladoras de bebidas gaseosas. Dichos mercados, que son de naturaleza regional, solían tener en la mayoría de los estados de EEUU a tres empresas competidoras, una de las cuales le embotellaba a Coca-Cola, la otra a Pepsi y la restante al resto de las empresas. La desaparición de Seven Up y Dr. Pepper como marcas independientes podría haber generado por lo tanto una eliminación en masa de las embotelladoras que no estaban integradas a los sistemas de Coca-Cola o Pepsi, al dejarías por debajo de su escala mínima de operación.⁸

Otro caso de fusión horizontal desautorizada por la FTC fue “Staples/Office Depot” (1997),⁹ que hubiera implicado la consolidación de las dos mayores cadenas de papelerías de los Estados Unidos. En su ataque a esta operación, las autoridades norteamericanas consideraron que la misma tenía la potencialidad de reducir la competencia en este rubro en la mayoría de las ciudades grandes y medianas, ya que aparte de las dos empresas involucradas en la fusión sólo existía a nivel nacional otra cadena comercial comparable (Office Max). Para llegar a esa conclusión se analizó una extensa evidencia empírica respecto del comportamiento de los

⁷ 641 FSupp 1128.

⁸ Para un análisis económico exhaustivo de estos casos, véase White (1994).

⁹ 970 FSupp 1066.

precios en ciudades en las que sólo operaba una de dichas cadenas respecto de ciudades en las que operaban dos o tres de ellas, y en particular se efectuaron comparaciones entre situaciones en las cuales Staples competía con Office Depot y situaciones en las cuales dicha competencia no existía. Dicho análisis llevó a la conclusión de que la diferencia de precios era significativa, en el sentido de que la presencia de Office Depot era el principal freno para la política de precios de Staples, por lo cual se entendió que una fusión entre ambas restringiría la competencia y generaría un monopolio en numerosas áreas urbanas.¹⁰

El hecho de que la fusión entre Staples y Office Depot haya sido objetada y que, en cambio, numerosas concentraciones entre empresas mucho más grandes hayan sido autorizadas, muestra una tendencia en la práctica Antitrust norteamericana en el sentido de preocuparse más por aspectos relacionados con la distribución de los productos que por aspectos relacionados con la fabricación de los mismos. Por ejemplo, en su autorización de la fusión de las empresas petroleras Exxon y Mobil (1999),¹¹ los condicionamientos impuestos por la FTC tuvieron que ver con la venta de una serie de estaciones de servicio en áreas en las cuales ambas empresas tenían participaciones de mercados mayores, pero no involucraron ningún aspecto relacionado con la exploración y producción de petróleo y sólo tocaron marginalmente al segmento de refinación. Esto se debió a la idea de que en esas últimas áreas la competencia se planteaba a una escala mucho mayor (nacional o internacional), y que en cambio a nivel de las estaciones de servicio la competencia era local (y, por lo tanto, se veía más afectada cuando en una determinada área se generaban picos de concentración irregulares).

De los casos de fusiones resueltos en lo que va del siglo XXI, cabe señalar unos cuantos que han sido analizados con cierto detalle por las agencias Antitrust norteamericanas en un documento conjunto¹². En la concentración “La Farge/Blue Circle” (2001),¹³ por ejemplo, la FTC condicionó una fusión entre empresas que iba a incrementar mucho la concentración del mercado de cemento en la zona de los Grandes Lagos de EEUU, en tanto que en el caso “Reynolds/BAT” (2004) una concentración semejante en el mercado de cigarrillos no fue

objetada¹⁴. La diferencia entre ambas estuvo fundamentada en la idea de que el cemento es un producto homogéneo en el cual los efectos coordinados por posibles conductas de colusión tácita son presumiblemente más importantes que los que pueden acontecer en el mercado de cigarrillos, que está sujeto a una diferenciación de productos mucho mayor.

En varios otros casos estadounidenses aprobados jugó también un papel de importancia el análisis de las posibles eficiencias generadas por las operaciones de concentración. En la aprobación de la fusión “Genzyme/Novazyme” (2004)¹⁵, por ejemplo, pesó el hecho de que los dos laboratorios que se integraban, que eran los únicos que se dedicaban a desarrollar drogas para terapias de reemplazo de enzimas para cierta enfermedad, eran capaces de combinar sus habilidades para lograr un desarrollo más rápido y económico de dichas drogas. Del mismo modo, en “PayPal/eBay” (2002), el Departamento de Justicia decidió no objetar la fusión entre los dos mayores proveedores de sistemas de pago electrónico por internet, por considerar que su integración reducía los costos de transacción de los usuarios del sistema y mejoraba la detección de posibles fraudes en los pagos.

¹⁰ Para un análisis más detallado de este caso, véase Dalkir y Warren-Boulton (2003).

¹¹ FTC 991-0077, C-3907.

¹² Véase Federal Trade Commission y US Department of Justice (2006).

¹³ 66 Fed Reg 34682, FTC.

¹⁴ Fue 041-0017, FTC.

¹⁵ 69 Fed Reg 78029, FTC.

Sin Embargo, el argumento de las ganancias de eficiencia, ha sido minimizado cuando los elementos presentados por las partes de una fusión eran insuficientes o poco verificables. En el caso “EchoStar/DirecTV” (2002)¹⁶, por ejemplo, el Departamento de Justicia descartó por insuficientes ciertas eficiencias invocadas respecto de reducciones en los costos de programación y aumentos en la calidad del servicio de televisión satelital. Del mismo modo, en “Heinz/Beech-Nut” (2001), la FTC (y, con posterioridad a ella, el poder judicial) consideró insuficientes y poco verificables las ganancias de eficiencia relacionadas con el mejor aprovechamiento de ciertas plantas para la producción de alimentos para bebés, y con la combinación de recetas originales de las dos empresas que pretendían fusionarse (para la creación de nuevos alimentos)¹⁷.

2.2. Unión Europea

El esquema de la Unión Europea para el control de fusiones y adquisiciones es similar al norteamericano en cuanto a sus procedimientos, pero su naturaleza jurídica resulta distinta. Legislado a través del Reglamento 139/2004 del Consejo de Europa, este sistema confiere a la Comisión Europea no sólo facultades investigativas sino también poder de decisión respecto de las concentraciones que tengan “dimensión comunitaria”. Dicho poder de decisión implica la posibilidad de aplicar sanciones tales como desautorizar una fusión o adquisición, separar empresas o activos agrupados y aplicar multas a las entidades involucradas.

En la Unión Europea, la legislación prohíbe aquéllas fusiones y adquisiciones que “sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la

creación o refuerzo de una posición dominante” (Reglamento 139/2004, artículo 2). Esta definición reemplazó a la que aparecía en la norma original sobre control de fusiones de la Unión Europea (Reglamento 4064/1989), que prohibía las operaciones que suponían “un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo” (Reglamento 4064/1989, artículo 2).

Antes de la aparición del primer reglamento sobre control de fusiones y adquisiciones en el año 1989, la jurisprudencia Antitrust europea registraba un único antecedente de sanción de una operación de concentración económica por su carácter anticompetitivo. La misma correspondía al caso “Comisión Europea c/ Continental Can” (1973), y en él se había analizado la adquisición de un competidor como un posible abuso de posición dominante¹⁸. La operación era la compra por parte del grupo Continental Can (empresa de origen estadounidense, productora de envases de hojalata) de la empresa belga TDV, que era la principal productora de envases de hojalata en su país. Como el grupo en cuestión poseía ya el control de la principal competidora de TDV (que era la empresa alemana SLW), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que la adquisición resultaba un intento de crear una posición dominante en el mercado europeo de envases de hojalata, y que el mismo implicaba un abuso de dicha posición dominante.

Con la aparición del Reglamento 4064/1989 la Unión Europea resolvió el tema del análisis de las fusiones y adquisiciones incorporando simultáneamente un procedimiento de control previo de las mismas y un estándar para evaluarlas. El primer caso que la Comisión Europea desautorizó totalmente a la luz de este

¹⁶ CV-2138, US DOJ.

¹⁷ 246 F3 708.

¹⁸ CMLR 199, ECJ.

reglamento fue “Aeospatiale-Alenia/De Haviland” (1991)¹⁹, en el cual se objetó una fusión entre dos fabricantes de aviones comerciales. Dichos fabricantes eran los principales competidores a nivel mundial en el segmento de aviones de menos de 60 asientos, y su consolidación hubiera implicado, en el entendimiento de las autoridades europeas, la creación de una posición dominante difícil de desafiar por parte de otras compañías.²⁰

Otra operación de concentración económica importante objetada por la Comisión Europea fue “MCI WorldCom/Sprint” (2000), que involucró a dos grandes compañías de telecomunicaciones de origen estadounidense.²¹ En este caso el principal problema de competencia tenía que ver con el mercado mundial de conexiones para acceso a internet, cuya concentración se vería considerablemente incrementada luego de la fusión. Al respecto, las autoridades europeas contaban con el antecedente de la fusión “MCI/WorldCom” (1998), en la cual se había obligado a las partes a desprenderse de ciertos activos relacionados con la actividad de internet, y se había confiado en la competencia que al respecto podía representar Sprint como empresa independiente²². Esos mismos argumentos se volvieron en contra cuando la empresa formada en 1998 quiso fusionarse con su principal competidora, y derivaron en que finalmente la operación se prohibiese. El caso MCI WorldCom/Sprint representa además un ejemplo de cooperación entre las agencias Antitrust europeas y estadounidenses, ya que también fue objetado por el Departamento de Justicia de EE.UU.²³ Esta doble objeción fue la que

finalmente llevó a las empresas a desistir de la operación.

No obstante, la situación de que una misma operación de concentración económica sea evaluada simultáneamente en Estados Unidos y en la Unión Europea ha generado ciertas divergencias de opinión. Un ejemplo prominente de esto se dio en el caso “General Electric/Honeywell” (2005), en el cual se estaba produciendo una concentración que afectaba los mercados mundiales de motores de aviones y de helicópteros.²⁴ Al efectuar su análisis de la operación, el Departamento de Justicia de EE.UU. manifestó su aceptación de la misma, sujeta al desmembramiento de ciertos activos relacionados con la fabricación de helicópteros. En cambio, la Comisión Europea (y, con posterioridad a ella, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea) prohibió totalmente la fusión, en el entendimiento de que extendía la posición dominante que General Electric tenía en el mercado de motores de aviones a varios mercados de insumos necesarios para la fabricación de dichos motores (en los que Honeywell era el principal proveedor). También interpretó que una empresa que controlara de manera conjunta a General Electric y Honeywell sería capaz de efectuar ventas atadas de motores de aviones y sistemas de control de aeronaves, y de ese modo extender su poder de mercado a ciertos sectores conexos. De ese modo, la integración resultante fue considerada incompatible con el mercado común (a la luz del estándar europeo de fortalecimiento de una posición dominante), aun cuando la misma no había sido evaluada por el DOJ como una restricción importante a la competencia²⁵.

¹⁹ 4 CMLR M2, ECom.

²⁰ Nótese que, unos años después, la Comisión Europea aprobó la fusión entre Boeing y McDonnell-Douglas (C366/16, ECom, 1997), que eran dos fabricantes de aviones mucho más grandes que Aeospatiale-Alenia y De Havilland. Empero, en ese caso, privó el hecho de que McDonnell-Douglas estaba perdiendo participación en el mercado relevante, y que existía una tercera compañía (Airbus) que se había transformado en la mayor competencia mundial de Boeing en los mercados de aviones comerciales de más de 100 asientos.

²¹ M1741, ECom.

²² M1069, ECom.

²³ Para un análisis de los argumentos económicos utilizados en Estados Unidos en este caso, véase Pelcovits (2003).

²⁴ T-210/01, CFI.

Conjuntamente con la sanción del nuevo reglamento de control de concentraciones (Reglamento 139/2004), la autoridad europea de competencia publicó un documento de pautas para el análisis de fusiones horizontales, en el cual establece un procedimiento de evaluación por etapas²⁶. En dicho documento aparecen explícitamente considerados los posibles efectos anticompetitivos unilaterales y coordinados de una concentración horizontal, el análisis de participaciones de mercado y de índices de concentración, el poder de negociación de los demandantes como posible freno a una posición dominante de los oferentes, la posible entrada de nuevos competidores al mercado, el análisis de eficiencias, y las excepciones por el argumento de empresa en decadencia (o “empresa en crisis”).

De los casos analizados por la Comisión Europea con posterioridad a la sanción del nuevo reglamento sobre concentraciones económicas, cabe mencionar dos operaciones que afectaron al sector de transporte aéreo. La primera de ellas, “Lufthansa/Swiss” (2005), fue aprobada con la condición de que el nuevo grupo que se constituía (que involucraba a las aerolíneas de bandera de Alemania y Suiza) se desprendiera de una serie de rutas aéreas que unían Alemania con Suiza, así como de ciertos “derechos de despegue” en los aeropuertos Zurich, Francfort, Munich, Dusseldorf, Berlín, Viena, Estocolmo y Copenhague²⁷. La segunda (“Raynair/Aer Lingus”, 2007) fue, en cambio, prohibida. Dicha concentración involucraba a las dos principales empresas aéreas de origen irlandés, que competían en 35 rutas diferentes originadas en distintas ciudades de Irlanda, y cuya fusión hubiera generado una situación de monopolio

en varias de dichas rutas²⁸.

III. EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN AMÉRICA LATINA

3.1. México

En México, la ley federal de competencia económica de 1993 fue la que introdujo el control de concentraciones a través de un mecanismo obligatorio aplicable a aquellas operaciones que superen determinados límites, fijados en términos de monto de la transacción, volumen de activos de las empresas involucradas y volumen de ventas de dichas empresas²⁹. Al igual que en el resto de las prescripciones sustantivas de la ley Antitrust mexicana, para este tema se adoptaron en líneas generales los criterios vigentes en Estados Unidos, que en este caso implican la prohibición de aquellas concentraciones “que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre competencia o la competencia económica”.

La actual ley mexicana define también, en su artículo 64, una serie de factores que podrían indicar que una fusión o adquisición resulta ilícita. Tales son que la operación bajo análisis confiera poder sustancial a un grupo económico (o incremente el poder sustancial que dicho grupo ya poseía), que pueda tener por objeto establecer barreras a la entrada, desplazar a otros competidores o impedir el acceso a un mercado, o bien que facilite sustancialmente el ejercicio de prácticas anticompetitivas. Para analizar si tales supuestos se cumplen, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) debe identificar los mercados relevantes y los agentes económicos que actúan en ellos, inferir si alguno de ellos tiene o pasa a tener poder sustancial en alguno de tales mercados, establecer el grado de

²⁵ Para un análisis económico del caso “General Electric/HoneyweU”, véase Motta (2004), capítulo 6.

²⁶ Estas pautas fueron complementadas posteriormente con otras, emitidas en 2008, y destinadas a la evaluación de operaciones de concentración de tipo vertical y de conglomerado.

²⁷ M3770, ECom.

²⁸ M4439, ECom.

²⁹ La ley federal de competencia económica de México fue modificada varias veces a lo largo de los años. La actualmente vigente es la que fije aprobada en el mes de mayo de 2014. la que fiie aprobada en el mes de mayo de 2014.

concentración de los mismos, y tener también en cuenta las posibles ganancias de eficiencia derivadas de la operación de fusión o adquisición.

Todo el procedimiento de control previo de fusiones y adquisiciones se efectúa en el seno de la propia COFECE, la cual tiene poder para autorizar, impugnar o sujetar las operaciones al cumplimiento de ciertas condiciones. Dichas condiciones pueden ser, por ejemplo, llevar a cabo una determinada conducta (o abstenerse de realizarla), enajenar determinados activos o paquetes accionarios, eliminar una determinada línea de producción, modificar o eliminar términos o condiciones de los actos que se pretendan celebrar, o realizar actos orientados a fomentar la participación de los competidores en el mercado.

Uno de los primeros casos importantes de concentración económica que pasó por la autoridad Antitrust mexicana fue “Aeroméxico/Mexicana” (1995), que implicó la fusión de las dos principales aerolíneas de México a través de la creación de una nueva empresa (denominada “Cintra”) que tendría el control de ambas³⁰. En rigor, ambas compañías ya formaban parte del mismo grupo económico desde 1993, puesto que Aeroméxico poseía el 55% de las acciones de Mexicana, con lo cual la operación implicaba una profundización de un proceso de integración ya iniciado. Pese a ello, se interpretó que dicha profundización podía tener efectos contrarios a la competencia, ya que la participación conjunta de Aeroméxico y Mexicana en el mercado aéreo de cabotaje era del 65%, y su competidor más cercano apenas poseía el 14% del mercado. Por ello decidió subordinar la operación al cumplimiento de una serie de condiciones, entre las cuales se contaron la obligación de mantener separadas la administración y la contabilidad de Aeroméxico y Mexicana, y el control periódico de las tarifas aéreas en una serie de rutas.

El caso de Aeroméxico y Mexicana tuvo ciertas derivaciones posteriores en las que las autoridades de competencia debieron actuar. En 1999, por ejemplo, ambas empresas fueron sancionadas por coordinar sus políticas comerciales respecto de las comisiones pagadas a las agencias de viajes, lo cual fue considerado como un incumplimiento de los condicionamientos impuestos al aprobarse su fusión. En el año 2000, por su parte, la autoridad Antitrust objetó que Aeroméxico y Mexicana se vendieran de manera conjunta, en tanto que en el año 2005 dio su opinión favorable a la venta de dichas compañías de manera separada a compradores independientes. Por último, en el año 2007 se volvió a objetar la fusión de ambas compañías, por entenderse que, a pesar de los cambios que se habían producido en sector aéreo mexicano en el siglo XXI, Mexicana y Aeroméxico seguían siendo las principales líneas aéreas en 35 rutas de cabotaje y 15 rutas internacionales³¹.

Uno de los primeros casos de integración horizontal que la autoridad mexicana desautorizó totalmente fue “Coca-Cola/Cadbury Schweppes” (1999), que fue el reflejo en México de una operación internacional de adquisición. Si bien la misma abarcó alrededor de cien países y fue autorizada en muchos de ellos, en el caso mexicano se entendió que la operación en cuestión incrementaba los índices de concentración de manera demasiado significativa³². El mercado más afectado era el de bebidas gaseosas, en el cual Coca-Cola poseía ya una participación muy elevada, que más que triplicaba la de su principal competidor (Pepsi). A esto se sumaba la existencia de barreras de entrada que la autoridad Antitrust consideró importantes, en especial en lo relativo a la publicidad y a los canales de distribución de las

³⁰ Expte CNT-25/1995.

³¹ Expte CNT-101/2007.

³² Expte CNT-166/1998.

gaseosas. Todo ello llevó a la decisión de desaprobar totalmente la operación, respecto de la cual las partes no invocaron que pudiera generar ganancias significativas de eficiencia.

A pesar de ello, en fecha más reciente, Coca-Cola fue autorizada a adquirir una empresa elaboradora de jugos y bebidas refrescantes no gaseosas (“Coca-Cola/Jugos del Valle”, 2007)³³. En este caso se consideró que, como Coca-Cola no tenía una participación relevante en esos mercados, el efecto que la concentración podría llegar a tener sobre la competencia era menor al del caso de Cadbury-Schweppes (en el cual el principal efecto era sobre el mercado de bebidas gaseosas). La aprobación de la compra de Jugos del Valle, sin embargo, se hizo con la condición de que Coca-Cola no utilizara ningún tipo de estrategia de venta atada de jugos y gaseosas, así como tampoco de exclusividad con cadenas de comercios minoristas. Asimismo, se le requirió que desactivara las marcas de bebidas gaseosas de Jugos del Valle, y que vendiera una marca de refrescos (Barrilitos) a otra empresa independiente.

Además de que la mayoría de los casos de prohibición de fusiones en México tuvieron que ver con aspectos horizontales de las operaciones, la jurisprudencia Antitrust mexicana registra también algunos casos de impugnación de concentraciones verticales. Ejemplos de esto son “Servia/Alsur” (1997) y “Grupo México/Seranor” (1997), en los cuales se prohibió a dos empresas propietarias de líneas ferroviarias adquirir sendas empresas de servicios de almacenamiento. El argumento para objetar esas operaciones fue que la integración vertical entre el ferrocarril que servía una determinada área geográfica y las instalaciones

de almacenamiento de granos ubicadas en dicha área hubiera generado un poder sustancial en los mercados de cereales y oleaginosas, que no habría podido ser contrarrestado por ninguno de los otros participantes en los mismos³⁴.

El Grupo México registra también otro caso de objeción total de una adquisición. La misma corresponde al caso “Grupo México/Ferrosur” (2002), cuya aprobación habría implicado la concentración de dos de las tres mayores líneas ferroviarias mexicanas (Ferromex y Ferrosur)³⁵. Estas dos líneas ferroviarias volvieron a solicitar su fusión en el año 2005 (a través de la concentración “Ferromex/Ferrosur”, 2006) y una vez más la CFC se opuso a ello. Los principales argumentos que esgrimió para prohibir esta operación fueron que, a través del control de dos tercios del sistema ferroviario mexicano, una única empresa podría incrementar de manera muy significativa su poder de negociación frente a usuarios y concesionarios, y esto podría generar problemas de competencia tales como el desvío de cargas a rutas no óptimas y el incremento en las tarifas por tráfico interlineal e intralineal³⁶.

3.2. Argentina

En la Argentina, el procedimiento de control de fusiones y adquisiciones fue introducido en el año 1999 por la ley 25.156, que contenía además dos artículos de fondo sobre el tema. El primero de ellos (artículo 6) se definía qué se entiende por concentración económica, en tanto que el segundo (artículo 7) expresaba la prohibición de “las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general³⁷”.

Al igual que en la mayoría de las jurisprudencias

³³ Expte CNT-12/2007.

³⁴ Expte CNT-LI-01/1997 y Expte CNT-LI-08/1997.

³⁵ Expte CNT-28/2002.

³⁶ Expte CNT-132/2005 y Expte CNT-134/2005.

La Ley 25.156 ha sido reemplazada en mayo de 2018 por la Ley 27.442, que es la norma sobre defensa de la competencia que rige actualmente en la Argentina. Estos dos artículos citados, sin embargo, han sido reproducidos textualmente en la nueva ley, en la cual llevan los números 7 y 8, respectivamente.

Antitrust del mundo, en la Argentina las operaciones de concentración económica que han merecido algún tipo de objeción total o parcial se encuentran en muchos casos ligadas con situaciones de creación de una posición monopólica. Es así que el primer caso en el cual la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la Argentina (CNDC) aconsejó condicionar una operación al desmembramiento de una parte del negocio de las empresas que se concentraban tuvo como causal la creación de un monopolio en un mercado televisivo regional. El caso en cuestión fue “Telefónica/Atlántida Comunicaciones” (2000), por el cual se concentraron dos *Holdings* que operaban en los mercados de televisión abierta, comercialización de espacios publicitarios y servicios de internet³⁸. Si bien las empresas involucradas superponían sus actividades en varios sectores, la CNDC identificó un único mercado en el cual consideró que la competencia se hallaba fuertemente amenazada, que era el de televisión abierta de la ciudad de Mar del Plata. Como en dicho mercado los únicos dos canales quedaban bajo el control del mismo grupo empresario, la aprobación de la fusión se condicionó a la venta de uno de ellos a un operador independiente.

También puede interpretarse como una resolución que buscó impedir la creación de una posición monopólica a la que cerró el caso “OCA/Correo Argentino” (2001), que fue la primera operación de concentración totalmente desautorizada por las autoridades Antitrust argentinas³⁹. Dicha operación habría implicado la adquisición de la empresa concesionaria del servicio oficial de correos y telégrafos por parte su única competidora de importancia en varios de los mercados relevantes analizados. Dichos mercados eran esencialmente los de servicio postal nacional, servicio postal internacional, cartas documento, telegramas y *clearing*

bancario. En tales mercados la integración entre OCA y el Correo Argentino habría implicado la formación de un virtual monopolio, en lugar del duopolio que existía mientras las empresas permanecieran separadas. No sucedía lo mismo en el mercado de distribución de paquetes ni en el del servicio postal internacional expreso, en los cuales ambas empresas enfrentaban una competencia importante por parte de otras compañías. No obstante, estas últimas actividades, representaban una proporción pequeña de los negocios de OCA y del Correo Argentino, en relación con los segmentos en los que aparecían los mayores problemas de competencia.

Algunos otros casos de fusiones o adquisiciones horizontales que han merecido observaciones por parte de las autoridades argentinas de defensa de la competencia se refieren a situaciones que, sin implicar la creación de monopolios, afectaban mercados oligopólicos muy concentrados. Uno de dichos casos, que merece ser destacado por el tipo de análisis económico llevado a cabo por la CNDC, es “AES/Gener” (2001)⁴⁰. El mismo implicó la adquisición de una empresa de generación eléctrica (Gener) por parte de un grupo que ya poseía participaciones en los segmentos de generación y distribución de electricidad (AES). Para estudiar el impacto de esa operación sobre la competencia se tuvieron en cuenta no sólo los *market shares* de las empresas involucradas, sino que se efectuaron también ejercicios de simulación respecto del posible efecto de la concentración sobre los precios de la energía eléctrica. De dichos ejercicios surgió que el nuevo grupo tendría un poder muy grande para influir sobre el precio mayorista de la electricidad, a través del uso de su capacidad instalada de generación en el área metropolitana de Buenos Aires y en la zona de Río Negro y Neuquén⁴¹. Por eso la aprobación de

³⁸ Res 53/2000, SDC.

³⁹ Res 64/2001, SDC.

⁴⁰ Res 73/2001, SDC.

⁴¹ Para un análisis de este caso, y de otras fusiones que afectaron a los mercados energéticos en la Argentina, véase Petrecolla y Bidart (2006).

la operación se condicionó a la venta por parte de AES de sus participaciones en las empresas Hidroeléctrica Piedra del Águila (Neuquén) y Central Puerto (Buenos Aires), con lo cual el problema de competencia mencionado se redujo a niveles mucho menores ⁴².

La jurisprudencia argentina sobre concentraciones horizontales registra también algunos casos en los cuales los condicionamientos impuestos para aprobar una operación tuvieron que ver con obligaciones relacionadas con conductas y no con medidas de tipo estructural. El primer caso en el que se aplicó este enfoque fue “Carrefour/Promodes” (2000), que implicó la concentración de dos cadenas de supermercados (Carrefour y Norte) ⁴³. En este caso, la única condición que se impuso a las empresas fue no incrementar la cantidad de bocas de expendio que poseían en el área urbana de Rosario.

Al igual que en el resto de los países, también en Argentina muchas operaciones horizontales que afectaban a oligopolios más o menos concentrados terminaron con resoluciones que las aprobaron sin imponerles ningún condicionamiento, por entenderse que la competencia no se veía disminuida. Ejemplos de esto son los casos “Bestfood/Arisco” (2000), “Molinos/Lucchetti” (2001), “Arcor/Bagley” (2004), “Fecovita/Resero” (2007) y “Bimbo/Valente” (2017), todos ellos referidos a mercados de productos comestibles o bebidas. En todas estas operaciones se entendió que los mercados involucrados, si bien se hallaban relativamente concentrados, presentaban bajas barreras de entrada y cierta apertura al ingreso de productos importados, lo cual hacía que los

incrementos que se registraban en la concentración de algunos segmentos no permitieran presuponer que los grupos que se constituían fueran a obtener un aumento significativo en su poder de mercado.

Además de los casos horizontales mencionados, la jurisprudencia generada en la Argentina a partir de 1999 presenta varios casos de concentración vertical cuyo análisis resulta de interés. El más importante de todos ellos es sin duda “Aeropuertos Argentina 2000/LAPA” (2002), que es el único caso vertical que concluyó con una resolución que implicó su desautorización total ⁴⁴. Esta operación implicaba la adquisición de la segunda mayor compañía aérea argentina (LAPA) por parte del concesionario de la red nacional de aeropuertos (Aeropuertos Argentina 2000).

Empero, la gran mayoría de las concentraciones verticales que pasaron por el proceso de control de fusiones y adquisiciones, terminaron en aprobaciones sin condicionamientos. Un ejemplo de esto, citado por la CNDC en su memoria trianual 1999-2001, es el caso “Maersk/Terminal 4” (2001) ⁴⁵. El mismo implicó la adquisición, por parte de una empresa de transporte marítimo internacional (Maersk), de dos terminales ubicadas en el puerto de Buenos Aires. Esta operación se aprobó sin ningún tipo de condicionamiento por entenderse que, aun cuando las terminales adquiridas por Maersk pasaran a ser utilizadas de manera exclusiva por la empresa compradora, de cualquier modo existían varias terminales alternativas disponibles para el resto de las empresas navieras ⁴⁶.

⁴² Los ejercicios de simulación del tipo de los aplicados en el vvv caso AES/Gener se han vuelto mucho más frecuentes en los últimos años en la Argentina. Son ejemplos de ellos los utilizados en los casos “ABI/SAB Miller” (Res 136/2018, SC) y “Coca-Cola/Ades” (Res 53/2018, SC).

⁴³ Res 57/2000, SDC.

⁴⁴ Res 29/2002, SDC.

⁴⁵ Res 17/2001, SDC.

⁴⁶ El criterio utilizado en el caso de Maersk y Terminal 4 también se aplicó con posterioridad a otras operaciones que implicaron integración vertical entre puertos y empresas navieras, como por ejemplo la del caso “MSC/Exolgan” (Res 339/2017, SC).

IV. CONCLUSIONES

De todo lo visto y analizado en el presente trabajo, resulta posible extraer algunas conclusiones que tienen potencialmente una aplicación futura para el caso peruano. En primer lugar, resulta posible afirmar que la lógica del control de concentraciones en el derecho de la competencia se ha vuelto considerablemente diferente de la que se utiliza en los casos de represión de conductas anticompetitivas. Esto se debe a que el papel del derecho de la competencia en el análisis de concentraciones es básicamente preventivo y no represivo, y que solo en ocasiones muy contadas implica la necesidad de prohibir u objetar una operación.

Como consecuencia de ello, el mecanismo de control de concentraciones ha ido derivando en la mayoría de las jurisdicciones hacia un procedimiento de tipo administrativo en el cual se aplican una serie de tests que buscan descartar posibles problemas de competencia, y que son rutinariamente pasados por la mayoría de las operaciones (que se supone deben ser aprobadas en un plazo relativamente breve). Esto hace que el sistema esté en general estructurado como un procedimiento cuya principal virtud es darles certidumbre a las empresas acerca de que las operaciones de concentración que están encarando no van a ser objetada desde el punto de vista de la defensa de la competencia, y que por lo tanto pueden ser llevadas a cabo sin temores acerca de posibles inconvenientes futuros ligados con ese tema.

Existe sin embargo una minoría de operaciones que no pasan estos tests, y estas son las que normalmente implican un mayor esfuerzo de análisis y un mayor costo en términos de procedimientos y pruebas. La lógica detrás de esto es que son precisamente esas operaciones las que pueden generar problemas en el funcionamiento de algún mercado, sea porque implican la creación de una posición monopólica,

porque generan un aumento en la concentración del mercado que reduce notablemente la rivalidad entre las empresas participantes, o porque producen un “cierre del mercado” para los competidores del grupo económico que se está concentrando.

Sin embargo, los procedimientos de control de concentraciones económicas, tienen también previsto que, aun en estos últimos casos, puede llegar a ser razonable aprobar una concentración en vez de prohibirla. Esto es una situación que acontece si se llega a la conclusión de que las ganancias de eficiencia generadas por la operación de concentración bajo estudio son muy significativas, o bien si existe una situación en la cual la única alternativa viable a la operación de concentración es la desaparición lisa y llana de una de las empresas (que es lo que ocurre cuando se aplica la denominada “defensa de la empresa en decadencia”).

También es relativamente habitual que, ante la aparición de un problema importante de competencia generado por una operación de concentración económica, se busquen alternativas menos extremas que la prohibición, como las que implican algún tipo de condicionamiento. En este punto los casos más paradigmáticos son los que se resuelven por medio de “desinversiones de activos” (como puede ser la venta de alguna sociedad, de alguna planta productiva, o de alguna marca comercial), que se asemejan a situaciones en las cuales una parte de la operación se prohíbe (la que afecta a determinado mercado) y el resto se autoriza.

Un último punto que vale la pena mencionar, y que los distintos países han resuelto de manera diferente, es el que tiene que ver con el alcance del control de las concentraciones económicas dentro de cada economía. En este punto, la solución más eficiente parece ser limitar dicho control a un número de operaciones relativamente pequeño (es decir, controlar

solamente las concentraciones de mayor tamaño, y/o las llevadas a cabo por las empresas más grandes), y dejar sin controlar el resto de las fusiones y adquisiciones. Esto se debe a que es muy poco habitual que existan problemas de competencia que vayan a ser generados por operaciones de concentración cuyo volumen sea escaso y a que, por el contrario, el costo regulatorio de intervenir en un gran número de operaciones resulta muy elevado, tanto para el sector público (que debe analizar dichas operaciones) como para el sector privado (que debe cumplir con diferentes requisitos administrativos, y puede inclusive ver retrasado sus planes de inversión en numerosos proyectos).

Buenos Aires, noviembre de 2018.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Coloma, Germán: *Economía de la organización industrial*. Buenos Aires, Editorial Temas, 2005.
- Coloma, Germán: *Defensa de la competencia*, 2da edición. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2009.
- Dalkir, Serdar y Frederick Warren-Boulton: "Prices, Market Definition and the Effects of Merger: Staples-Office Depot"; en Kwoka, John y Lawrence White: *The Antitrust Revolution*, 4ta edición. Nueva York, Oxford University Press, 2003.
- Elhauge, Einer y Damien Geradin: *Global Competition Law and Economics*. Oxford, Hart Publishers, 2007.
- Farrell, Joseph y Cari Shapiro: "Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis"; *American Economic Review*, vol 80, pp 107-126, 1990. Federal Trade Commission y US Department of Justice: "Commentary on the Horizontal Merger Guidelines"; Washington DC, FTC-DOJ, 2006.
- Motta, Massimo: *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Pelcovits, Michael: "The Long Distance Industry: One Merger Too Many?: MCI WorldCom and Sprint"; en Kwoka, John y Lawrence White: *The Antitrust Revolution*, 4ta edición. Nueva York, Oxford University Press, 2003.
- Petrecolla, Diego y Marina Bidart: "Defensa de la competencia en mercados energéticos: el enfoque integral de la autoridad argentina de la competencia"; en Coloma, Germán: *Progresos en organización industrial*. Buenos Aires, Editorial Temas, 2006.
- Viscusi, Kip; John Vemon y Joseph Harrington: *Economics of Regulation and Antitrust*, 2da edición. Cambridge, MIT Press, 1995.
- White, Lawrence: "Application of the Merger Guidelines: The Proposed Merger of Coca-Cola and Dr. Pepper"; en Kwoka, John y Lawrence White: *The Antitrust Revolution*, 2da edición. Nueva York, Oxford University Press, 1994.